

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 5 (2017), pp.255-265 · ISSN 2340-860X
Vol. Extraordinario · ISSNe 2386-5229

O reconhecimento da cidadania na comunidade internacional a partir do modelo de Estado de Direito: inclusão dos imigrantes ou deslocados por meio da solidariedade e da tolerância

The recognition of citizenship in the international community from the Rule of Law model: the inclusion of immigrants or displaced people through solidarity and tolerance

MARCOS GONÇALVES NASCIMENTO COSTA¹
Universidade Federal da Paraíba (Brasil)

Sumário: 1. Introdução; 2. A Grécia Antiga e os problemas da exclusão no modelo de cidadania e a defesa de regras; 3. O critério da nação como instrumento identificação da cidadania; 4. As garantias do Estado de direito em favor da cidadania; 5. A complexidade social decorrente da perda de um referencial único de valor: o positivismo como fundamento da tolerância com os refugiados; 6. A ideia de soberania e fronteiras nos estados constitucionais modernos: solidariedade e tolerância como garantias da cidadania inclusiva aos imigrante; 7. Referências bibliográficas.

Resumo: A preocupação com a cidadania em momentos de crise é especialmente percebida com relação às pessoas que se deslocam para outros países. Diante disso, preocupa-se com o "direito a ter direito" dos deslocados. Atualmente, diante das guerras que acontecem no oriente, algumas com interferência direta de países europeus, e situações de extrema pobreza que atingem outras regiões do globo uma grande quantidade de pessoas estão se deslocando. Esses seres humanos deslocados têm dificuldades para conseguir proteção jurídica por meio dos direitos básicos de cidadania reconhecidos aos cidadãos nacionais. Diante dessa realidade, o texto quer enfrentar o problema da legitimidade garantidora dos direitos dos refugiados com o propósito de identificar a cidadania como capacidade independente de um vínculo permanente com um centro de poder estatal.

Palavras-chave: Cidadania; Legitimidade; Estado de Direito; Refugiados.

Abstract: The concern with citizenship in moments of crisis is especially noticed with regards to people that move to different countries. In face of that issue, there is concern about "the right to have right" of the displaced. Currently, in the context of wars in the East, some of which include direct interference by European countries, as well as the situations of extreme poverty that afflict other regions of the globe, a large quantity of people are moving. These displaced human beings have a hard time attaining judicial protection through the basic rights of citizenship recognized for nationals. In face of this reality, the text aims to confront the issue of the immigrant rights' granting legitimacy, with the purpose of identifying citizenship as a capability that is independent from a permanent link with a state power center.

Keywords: Citizenship; Legitimacy; Rule of Law; Refugees

¹ Mestre em Teoria do Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Doutorando em Direito junto ao Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba-UFPB e Professor da Universidade Federal do Piauí - UFPI. E-mail: marcosgncosta@hotmail.com.

1. Introdução

Aqueles que atualmente pensam a cidadania² não podem deixar de demonstrar preocupação com as pessoas que saem de seus países de origem em razão de terem as condições mínima de sobrevivência reduzidas. O que ocorre pelos mais variados motivos: guerra interna, crises econômicas, falta de emprego, perseguições religiosas, estabelecimento de regimes autoritários que não garantem a liberdade etc. Essa não é uma realidade recente na história da civilização ocidental, mas é possível afirmar que o fenômeno de deslocamentos de pessoas é bastante evidente no momento em que vivemos, daí porque esta tentativa de participar do debate em torno da cidadania.

Tradicionalmente o deslocamento foi encarado a partir do ponto de vista da sociedade/estado que recebe estas pessoas. Este referencial leva à preocupação com a estrutura do país receptor e faz com que os imigrantes sejam vistos como causa de perturbações sociais, econômicas, políticas, jurídicas etc.

Para Tatiana Waldman, a identificação do imigrante nas comunidades receptoras quase sempre é como algo ameaçador que poderá interferir nos postos de trabalho ou no uso dos serviços públicos, por exemplo (WALDMAN, 2016, p. 93).

Felizmente, em razão de contribuições de pensadores ligados à política, à sociologia, aos direitos humanos, ao desenvolvimento, ao direito internacional etc. aquele ponto de vista tradicional vem cedendo lugar a uma preocupação legítima com o ser humano que foi levado a abandonar um determinado lugar em busca de condições melhores de vida e que, por isso, precisa de proteção.

Posto isso, pode-se identificar o problema deste trabalho: como se justifica a garantia, “o direito a ter direitos”, das pessoas que se deslocaram para outros estados/países? A cidadania é um instituto jurídico que pode assegurar proteção às pessoas imigrantes? O modelo de cidadania ligada ao estado moderno é aceitável como justificativa para a proteção dos direitos dos imigrantes?

Na tentativa de responder estas questões é apresentada a hipótese de que a cidadania pode ser enxergada como direitos e obrigações que os indivíduos possuem com os estados em que se encontram, independentemente de um vínculo jurídico estabelecido de modo permanente, isso porque a condição de imigrante ou refugiado não implica necessariamente o desejo de permanecer vinculado com o estado em que se localiza o ser humano deslocado. Ademais, os territórios em que tais pessoas venham a ser encontradas, assumindo os padrões constitucionais modernos, não podem excluir direitos fundamentais reconhecidos em suas próprias constituições.

Com o propósito de realizar a tarefa proposta serão abordadas as relações entre cidadania e estado moderno. Para isso, na primeira parte do trabalho será tratada daquela que foi aceita como a origem da cidadania ocidental, a cidadania grega. Num segundo momento será observado o estado moderno tal como o conhecemos. E, finalmente, será apresentada a concepção de sociedade adotada neste trabalho, que pretende justificar a hipótese de reconhecimento da cidadania a todo e qualquer ser humano, independente do vínculo permanente com um determinado estado, tal como o “conjunto de direitos que o ser

² Cidadania é o fato de pertencer a uma comunidade política; configura-se em termos diversos nas diferentes sociedades. Está ligada à liberdade (concebida de modo elitista ou universal) ou à justiça (entendida como ordem ou paridade) e a ambas, e nesse aspecto identifica-se com o exercício de três gerações de direitos humanos: os civis (p. ex., à vida, à expressão, à propriedade), os políticos (p. ex., à função eleitoral, à associação em partidos e sindicatos) e aos sociais (p. ex., ao trabalho, ao estudo, à saúde): a aquisição de tais direitos de cidadania é progressiva segundo alguns, enquanto segundo outros não tem caráter linear e evolutivo (ABBAGNANO, 2007, p. 156).

humano carrega consigo para onde quer que se dirija". Finalmente serão apresentadas as conclusões possíveis dentro deste contexto em torno de tema.

2. A Grécia Antiga e os problemas da exclusão no modelo de cidadania e a defesa de regras

2.1 A cidadania antiga

A Grécia Antiga é considerada o referencial inicial para o estudo e a compreensão da cidadania. Ocorre que o modelo grego deixa, talvez por causa do ambiente em que se efetivou, espaço para críticas. Seu modelo de cidadania é considerado um modelo de cidadania excludente (SORTO, 2011 p. 104).

A crítica à cidadania grega antiga é exatamente em razão daquilo que está sendo posto como tema deste artigo, o acolhimento de pessoas deslocadas. Independente do motivo do deslocamento para a cidade grega, aqueles que lá chegavam eram barrados em seus direitos em razão da ideia de cidadão grego ser condicionada por vários quesitos não ligados à ideia de ser humano, mas à condição de ser grego³.

Daí porque se pode destacar inicialmente que na Grécia, onde Aristóteles viveu e concluiu que o homem é um "animal político", as pessoas que se preocupavam e participavam das decisões no Areópago, o cidadão grego, mesmo que a leitura da conhecida expressão possa fazer pensar diferente, não era todo e qualquer grego. Existiam condições que excluía várias pessoas da participação nas decisões públicas e do reconhecimento e proteção de vários direitos.

Em primeiro lugar, o que se percebe é que os estrangeiros estavam excluídos da participação. Eles eram vistos como seres humanos incapazes de ter o mesmo *status* dos gregos, dentre as mais variadas razões para tal exclusão pode ser indicada a condição de bárbaro daquele que não falava a mesma língua. Isso, sem dúvida, pode apresentar-se como condição para a participação no debate público, tema dos direitos de cidadania, porém, pode e deve ser questionado quanto à ideia inicial do "direito a ter direito" aceita como pressuposto deste texto.

A crítica à cidadania grega antiga também está justificada em outras exclusões, as mulheres e os escravos estavam fora da proteção da cidade-estado. Estas pessoas, juntamente com os estrangeiros, eram consideradas não dignos de participarem dos debates públicos.

Percebe-se, portanto, que, para os termos desse artigo, a cidadania grega antiga não é aplicável às pessoas que atualmente se deslocam visto que, para os limites teóricos aqui defendidos, todas as pessoas indistintamente devem ser o centro da cidadania. Não sendo admissível qualquer critério diferenciador. A cidadania defendida aqui, portanto, não aceita exclusões arbitrárias de qualquer espécie a ser aplicada entre os seres humanos no que diz respeito à proteção básica da cidadania, em especial à garantia de direitos à uma existência mínima.

A experiência grega, desse modo, pode ser questionada, mas isso não implica ausência de contribuição para a perspectiva aqui adotada. As explicações em torno do surgimento de uma cidadania e democracia gregas levam em conta que, ainda que excludente, a marca das discussões públicas são o resultado da superação de temas exclusivamente particulares como temas de debates entre os cidadãos.

Para que o debate público fosse instaurado tornou-se necessário que alguns elementos como a religião, relações íntimas fossem afastadas do palco do debate. Assim, o surgimento do debate sobre normas gerais, válidas para todos, pode ser explicado a partir

³ A personificação do homem foi uma resposta cristã à distinção, na Antiguidade, entre cidadãos e escravos. Com a expressão *pessoa* obteve-se a extensão moral do caráter de ser humano a todos os homens, considerados iguais perante Deus. No direito, assim, o homem é para o homem sempre pessoa, nunca objeto, vai dizer Kant. (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 126)

da observação da própria história grega. Isso é dito com base na apresentação “Ética e Ciudadanía” (SAVATER, 2015). Para este autor, a preocupação com as normas gerais irá se identificar com o surgimento de temas estranhos à casa, ao mundo privado, aos deuses do lar.

Eis aqui um dos pontos a serem observados para o propósito desse texto, o modelo de exclusão da cidadania grega não é suficiente para justificar a defesa da cidadania para os deslocados, porém, os pressupostos dos debates públicos na Grécia Antiga, temas gerais, não particulares, parece suficiente para a defesa da cidadania aqui pretendida, uma cidadania que não exige um vínculo permanente com um centro de poder. Uma cidadania embasada em uma espécie de marca geral que diga respeito a todo e qualquer ser humano que neste ponto pode ser identificado com o simples fato de ser humano.

Isso faz pensar na eleição de requisitos para a cidadania, tal como já foram apresentados pelos modelos de estado-nação que será abordado em tópico seguinte, mas que, como preparativo para tal comentário, parece necessário observar antes as mudanças nas relações do cidadão com o poder estatal na Idade Média.

2.2 A formação do estado moderno: a soberania como elementos aglutinador de nacionalidade e cidadania

O salto da Grécia Antiga para o Estado moderno é apresentado com a pretensão de identificar problemas causados para aqueles que estão em deslocamento nos dias atuais, caso seja mantida a ideia de cidadania como o vínculo único a um determinado Estado e como causa justificadora e única do “direito a ter direitos”. Esta crítica pode ser dirigida aqui também à pretensão daqueles que defendem uma cidadania comunitária. Isso porque a comunidade, ao que parece e nos termos como é conhecida, é formada tendo por condição a existência de Estados soberanos que exigem o reconhecimento do vínculo de nacionalidade ou cidadania⁴.

Na tentativa de compreender o papel do Estado Moderno junto ao conceito de cidadania será feito uma rápida passagem pelo tema da herança deixada pelo Império Romano na Europa e que foi partilhada entre a Igreja e o Estado. Isso está ligado à força e ao papel da soberania como instrumento aglutinador e organizador do Estado Moderno e legitimador da cidadania (FERRAZ, 2008, p. 38).

Isso implica um centro de poder que legitime direitos e, ao que parece, essa realidade também contribuiu para o positivismo ou uma autonomia de conteúdo das leis, inclusive da retirada de direitos. Em outras palavras, o estado soberano, um centro de poder capaz de impor normas, com ausência de limites formais a este mesmo estado, quando confrontado com a capacidade de direitos e deveres expõe o risco de autorizar toda limitação ao “direito a ter direitos”, à cidadania.

A *potestas* deixada aos príncipes seculares, fez com que o estado mantivesse o poder desligado da preocupação com uma legitimidade que deveria ser reconhecida por algo que estava fora do poder, no caso a igreja.

O Estado moderno resulta dessa preocupação dos juristas com o poder real que passa a ser racionalizado, concretizando as formas de domínio mediante a criação de aparelhos administrativos que pairam acima dos interesses pessoais. (FERRAZ, 2008, p. 40)

Para este trabalho, parece importante neste ponto deixar em destaque que:

Nacionalidade é o vínculo político permanente entre a pessoa humana e o Estado. Cidadania por sua vez é a capacidade que tem a pessoa de gozar direitos civis, políticos e sociais, cumprindo ao mesmo tempo com os deveres que lhe são atribuídos pela ordem jurídica do Estado

⁴ Veja a **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**: Article 45 Freedom of movement and of residence 1. Every citizen of the Union has the right to move and reside freely within the territory of the Member States.

ao qual pertence, pois toda pessoa tem direito ao menos a uma nacionalidade. (SORTO, 2011, p. 106)

A diferenciação conceitual entre cidadania e nacionalidade faz pensar que a cidadania pode existir ainda que o vínculo de nacionalidade esteja sendo questionado, como em casos das perseguições políticas no estado de origem do deslocado, refugiado. E deixa ver a possibilidade de se entender a cidadania como a capacidade de gozar direitos e estar submetido a uma ordem jurídica, submetido a deveres, independente da permanência do vínculo com o estado, tal como o trabalho defende.

O critério da soberania como centro de poder capaz de produzir normas que organizam o estado e determinam as normas de conduta não foi utilizada isoladamente como tentativa para legitimar a cidadania, a concepção de nação também é apontada como critério de reconhecimento do “direito a ter direitos” aliada ao poder soberano do estado.

3. O critério da nação como instrumento identificação da cidadania

A ideia de nação como instrumento de identificação da cidadania está intimamente ligada à ideia de Estado soberano e também ao modelo de Estado moderno, porém, em lugar dos problemas ligados ao foco no poder real que tendeu a um centralismo cada vez maior e a colocar o rei como personagem principal de todo o edifício jurídico, a soberania permite uma concepção do direito a partir de um princípio central. O direito só podia ser um, dentro de um território específico e um povo específico centrado na relação soberano/súdito (FERRAZ, 2008, p. 41)

Esta talvez seja a origem da confusão entre cidadania e nacionalidade tão comum entre os menos atentos ao tema e, como já foi referida, que não devem ser confundidas.

Aquela ideia de soberania centrada na figura do rei foi superada com as revoluções inglesas do século XVII, na Revolução Francesa, na Independência dos Estados Unidos e na Revolução Industrial. Estas abriram espaço para uma mudança no detentor do poder soberano que passou a ser considerado o povo após a conquista de direitos contra o absolutismo. Com isso inaugura-se o modelo de cidadania moderna ligada à ideia de Estado constitucional (SORTO, 2011, p. 107). Daí porque as constituições modernas, como é o caso da brasileira, admite que “todo poder emana do povo” logo em seu artigo primeiro.

A concepção de que o poder tem por origem o povo produz obviamente consequências também para o instituto da cidadania. Visto que a procurar pelo elemento aglutinador passou a ser o centro da preocupação. E o critério mais comum foi a ideia de nação. O povo, os cidadãos, seriam aqueles que estariam unidos em torno do estado em razão de determina marca.

Seguindo este raciocínio é de se destacar que a ideia de nação se faz presente em documentos como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que afirma que “o princípio de toda soberania reside, essencialmente, na nação”; Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que diz: “os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais”.

Na tentativa de compreender o conceito de nação é comum encontrar referências à nação como “comunidade de indivíduos que, dispersos em áreas geográficas e políticas diversas, estão unidos por identidade de origem, costumes, religião” ou como “agrupamento político autônomo que ocupa território com limites definidos e cujos membros, ainda que não necessariamente com a mesma origem, língua, religião ou raça (como fazia crer um conceito mais antigo), respeita instituições compartilhadas”. (HOUAISS, 2016). Para alguns a ideia de nação decorre da compreensão de etnia (CAMARGO, 2012, p. 67).

Ocorre que observando o fenômeno do deslocamento humano a busca por um critério que aglutine a população ou povo submetido a um poder central e capaz por isso de ter “direito a ter direito” pode ser causa do mesmo problema da cidadania excludente apontada anteriormente na cidadania grega antiga. Quem é o povo brasileiro? A pesquisas

antropológicas podem pretender identificar uma marca, porém, a única capaz de unir a todos os nascidos neste país ou a todos os residentes no país é a condição de ser humano. Isso porque não existe necessariamente a obrigatoriedade nem mesmo de se falar a mesma língua. É possível identificar imigrantes que residem neste país por décadas, mas que foram incapazes de aceitar o português como sua língua principal de relacionamento. Isso vale também para a cultura e a religião. Veja a discussão ocorrida recentemente na Europa em torno do uso das vestimentas islâmicas por mulheres em locais públicos (CORRAL, 2016)

Aliás, nosso país é pródigo em repetir uma postura de “beija mão” de europeus tendendo mais a uma aculturação do que uma imposição de nossas tradições ao que daqui se aproxima vindo de países considerados desenvolvidos. É bem verdade que dados apontados em pesquisas sociológicas demonstram que essa não é a postura do brasileiro em relação a outros que chegam, por exemplo, de países vizinhos nossos como a Bolívia (CAMARGO, 2012, p. 98).

Para este trabalho o exemplo acima referido serve como condição de não aceitação da ideia de nação para identificar o reconhecimento da cidadania, o “direito a ter direitos”. Assim, em outro momento, será tentado uma referência para a cidadania que não seja vinculada a um critério excludente, mas de inclusão no conceito de cidadania.

Passa-se agora a apresentar as condições do Estado Constitucional de Direito para o modelo de cidadania moderna.

4. As garantias do Estado de direito em favor da cidadania

Em apoio da hipótese aqui defendida de que a cidadania inclusiva deverá ocorrer dentro de um Estado de Direito lembra-se que não existe deslocamento que se destine a um espaço não submetido ao poder do Estado. Os imigrantes, como foi dito no início do texto, buscam superar as dificuldades opostas à sua existência e, para isso, buscam novas sociedades em outros territórios estatais. É verdade que as comunidades de países são hoje aceitas como um aperfeiçoamento no que diz respeito à cidadania, especialmente a comunidade europeia e o próprio Mercosul (CAMARGO, 2012, p. 40). Em ambas comunidades vários avanços foram realizados em termos de reconhecimento de direito decorrentes da cidadania. Neste tópico, porém, serão abordadas considerações em torno do Estado de Direito moderno.

A ideia de Estado de Direito assume importância especialmente com a modificação decorrente dos limites impostos aos soberanos dos estados absolutistas que se seguiram à Idade Média. Deve, portanto, lembrar da primeira limitação imposta ao rei João Sem Terra delimitando suas decisões à concordância do parlamento. Essa ideia de que o direito deveria servir de limite ao poder do Estado faz com que se pense na existência de direitos do cidadão que possam ser oponíveis ao poder do soberano. As denominadas proteções aos direitos civis.

No decorrer da história, apenas a existência formal de limites ao poder pelo direito foi apontada como insuficiente para o reconhecimento de um Estado de Direito. Por isso, outras condições foram indicadas com o propósito de evitar as atrocidades que ocorreram na segunda grande guerra sejam repetidas.

O direito alemão que ordenou a “solução final” foi apresentado com a pretensão de legítimo direito. Então, o critério de exclusão da cidadania judia foi admitido como direito. Essa realidade deve ser confrontada com o tema aqui analisado, o deslocamento de imigrantes para outros estados e seus direitos decorrentes da cidadania. Antes, porém, de enfrentar a questão do conteúdo das normas jurídicas dos estados de direito pelo ponto de vista da ética, serão apresentados os elementos considerados necessários para que modernamente seja admitido um estado de direito.

O primeiro dos elementos pode ser indicado pelo princípio formal e vazio de conteúdo antes referido e decorrente da teoria da separação dos poderes. Quem tem o

poder de executar as normas não pode ter o poder de criar e aplicar as normas feitas pelo parlamento.

Além disso, hoje majoritariamente exige-se de um estado constitucional de direito que sejam reconhecidos os direitos e garantias fundamentais. Um núcleo duro de direito que o poder não poderá em qualquer circunstância vir a ferir. Desse modo, protegem-se as minorias contra as ditaduras da maioria dentro do estado de direito. Assim, para onde os imigrantes queiram deslocar-se, sendo o território de um estado de direito, que reconhece, portanto, direitos e garantias fundamentais, eles teriam direitos assegurados pois o próprio estado estaria obrigado a respeitá-los exclusivamente pela condição de ser humano do deslocado. Eis aí uma fixação de conteúdo que supera a possibilidade de atrocidades ocorridas no período de guerra referido venha a se repetir.

Não param aí as exigências de um estado de direito contemporâneo. Exige-se, para o reconhecimento do Estado de direito, a existência de juízes e tribunais funcionando para defender os direitos individuais. Não basta o reconhecimento daqueles direitos, é necessário que os cidadãos tenham a quem recorrer em caso de ofensas dos mesmos.

Nesse ponto, não é possível admitir que um estado com tais característica seja impedido de reconhecer a proteção a qualquer ser humano que se encontre em seu território mesmo que ilegalmente ou não documentado. Essa afirmação precisa de um suporte teórico que será buscado no próximo tópico e diz respeito à necessidade de estabelecimento de conteúdos éticos nas normas jurídicas e a busca de um critério de legitimação desse conteúdo. Antes, porém, será apresentada outra condição, agora da sociedade contemporânea para o reconhecimento dos direitos dos deslocados em todo e qualquer estado, independente de uma vinculação formal e permanente com o centro de poder estatal.

5. A complexidade social decorrente da perda de um referencial único de valor: o positivismo como fundamento da tolerância com os refugiados

Nas sociedades primitivas, podemos aceitar que a influência dos deuses e da própria natureza a eles associada fizeram com que os valores fossem uniformes. A não diferenciação marcava essas sociedades. Um único fato era percebido como contrário às normas de trato social, religiosas, morais, jurídicas etc. Aquele que descumpria uma norma colocava em risco a própria sobrevivência da sociedade. Daí, talvez, a intolerância com aqueles que infringiam as normas e também o banimento se fizesse necessário para proteger a própria sociedade. Essa ligação do ilícito, nas sociedades não diferenciadas, com uma punição capaz de proteger a integridade do grupo social e do próprio direito pode ser aqui relacionada à ideia de ameaça antes referida aos imigrantes. Estes são percebidos como risco à sobrevivência da própria sociedade receptora, são vistos como ameaça aos serviços públicos, ao mercado de trabalho etc.

Ocorre que, de modo diferente das sociedades não complexas, nas sociedades contemporâneas em geral tornou-se possível a convivência de vários padrões valorativos e, talvez por isso, o direito passou a ser apenas mais um dos meios de controles sociais. A própria lesão ao direito é suportada tanto por sua capacidade de separar o lícito do ilícito quanto deixou a sociedade com capacidade de absorver os comportamentos contrários aos padrões normativos⁵.

⁵ "Não é mero acaso que esse processo da positivação do direito se dê em paralelo ao pleno desenvolvimento da diferenciação funcional do sistema social. Seria possível comprovar o entrelaçamento de interdependências diretas e indiretas – basta pensar nos diversos motivos para a legislação que surgiram da insuficiente integração entre economia e família, entre economia e política. O decisivo é a convergência em princípio. A diferenciação funcional específica e abstrai as perspectivas dos sistemas parciais da sociedade atribuindo-lhes funções e possibilidades desiguais." (LUHMANN, 1983, p. 237)

Com base nisso, pensa-se que a complexidade⁶ faz surgir uma tolerância com padrões de comportamento variados e pode trazer a tolerância como instrumento hábil de abrir um espaço para os diferentes, os imigrantes, para dentro de toda e qualquer sociedade em que aqueles requisitos do estado de direito estejam presentes.

Essa compreensão de uma sociedade complexa e de um modelo de sociedade tolerante pode ser explicada ainda pela observação dos padrões de legitimação do direito.

A legitimação das normas de proteção em sociedades não diferenciadas pode não ser um problema. O direito é apenas vivido e experimentado nestas sociedades em que uma única conduta vem a ser um atentado contra toda a estrutura social. Porém, ao se pensar em uma sociedade em que se permite comportamentos conflitantes é preciso enfrentar a questão: qual norma deve ser considerada válida? Quem estabelece o critério de julgamento dos comportamentos?

Essas questões foram enfrentadas já na Grécia Antiga no julgamento de Antígona, que desafiou as ordens positivas de um rei em nome de um direito natural e, por isso, superior ao direito posto pelo poder institucionalizado.

A diferenciação grega entre direito natural e direito baseado no nomos (lei) é cunhada exatamente para essa situação de uma ordem jurídica concebida como invariante em importantes traços básicos,...
(LUHMANN, 1983, p. 221)

Neste exemplo podemos encontrar uma disputa tradicional que ocorre entre as correntes jusnaturalistas e juspositivistas do direito. E é essa a questão que pretende ser trazida ao debate em torno dos imigrantes que chegam aos Estados receptores considerados estados de direito. Existe um direito que o imigrante carregue consigo e que possa ser oposto ao direito reconhecido por esses estados em razão de algum critério excludente de cidadania ali reconhecido?

As teorias do direito natural opostas ao positivismo jurídico são aqui apresentadas de modo bastante apertado. São teorias que tratam o direito como algo imutável, eterno, superior ao ordenamento posto e que, portanto, dão legitimidade a este direito. Já as correntes aqui denominadas de positivistas são consideradas como um direito dependente do grupo social. Um direito posto por decisão e que busca em outras decisões a sua legitimação. Como quer Luhmann (1983, p. 230) "o direito como um todo tinha uma vigência baseada na verdade, na implementação sagrada ou na tradição, nunca constituindo um direito positivo construído e modificável a qualquer momento".

O direito natural já encontrou as mais diversas tentativas de justificação. Podemos citar a *lex divina* apresentada na obra Cidade de Deus. Esta lei seria imutável e inacessível ao homem, mas seria ela o fundamento da *lex naturalis* que o homem teria acesso por meio de uma iluminação divina e que deveria ser utilizada como referência para as normas postas pelos homens.

A *autoritas* da Igreja representante de Deus seria capaz de legitimar a *potestas*, poder, dos reis. A igreja herdeira da tradição do Império Romano, com base na ideia de fundação pelo nascimento do Filho de Deus, seria a representante de Deus. A elaboração feita pelo cristianismo do direito natural deslocou a base do direito antigo para a vontade divina, para a transcendência.

⁶ A sociologia rompeu com a concepção de que o fator de agregação capaz de distinguir um conglomerado de pessoas e uma sociedade seria *affectio societatis*. A sociedade é vista como um sistema de ações significativamente relacionadas que não inclui o homem concreto, mas papéis sociais, isso nos faz pensar que o papel do refugiado deve ser pensado não como algo estranho às comunicações sociais, mas fazem parte dessas ações comunicativas e que, por isso, devem ser incluídas nas preocupações que envolvem os direitos de cidadania.

Por outro lado, com o advento do iluminismo, a devoção que os juristas passaram a creditar à razão passou a negar a necessidade de uma dependência do poder humano das instâncias transcendentais de legitimação. A razão passou a ser o critério legitimador das normas postas ao grupo social capazes de diferenciar o lícito do ilícito. Exemplos existem, porém, que a positividade do direito foi fundamentada em elementos menos ligados à razão individual, mas a um dado positivo como a vontade geral. Ainda com o recurso à vontade geral, um objeto bastante difícil de ser observado e analisado, a menos que se recorra a instrumentos como a contagem de votos e disso se conclua a identificação da vontade geral.

Dessas rápidas observações chega-se a uma questão central do trabalho. Onde está a legitimidade do “direito a ter direitos” dos imigrantes? Quando eles se deslocam para outros territórios, eles ficam na dependência de um direito que reconheça seus direitos ou eles carregam consigo algum elemento capaz de fazer impor a necessidade de sua proteção, independentemente dos critérios utilizados pelos estados na determinação da cidadania? São essas as questões que serão colocadas no próximo tópico.

6. A ideia de soberania e fronteiras nos estados constitucionais modernos: solidariedade e tolerância como garantias da cidadania inclusiva aos imigrantes

O início desta parte do texto lembra as soluções propostas por Fredys Orlando para a defesa de uma cidadania inclusiva diante das barreiras impostas pelas fronteiras dos estados soberanos em detrimento do desejo de busca de condições de existência dos deslocados ou imigrantes.

O exercício amplo da cidadania universal somente é possível mediante a reorganização da sociedade internacional, dotando-a de sistema jurídico centralizado com instituições reformuladas que exerçam o poder de modo controlado pelo controle recíproco das funções de autoridade, com restrição da soberania estatal (SORTO, 2011, p. 124).

Nesse sentido, o autor indica que as propostas que não sejam capazes de superar o modelo que admite fronteiras que se impõem como algo superior à própria condição de ser humano não pode ser considerada aceitável para o modelo de sua comunidade internacional inclusiva e seja efetivada a ideal cidadania universal.

Hannah Arendt defende que a lei, o *nomos*, é também concebida na Grécia Antiga como um limite, um limite à conduta das pessoas, daí porque a ideia de muros da cidade como instrumento de proteção contra bárbaros não-gregos. Essa concepção de fronteira deve ser afastada para que exista uma livre circulação de pessoas, especialmente aquelas que são obrigadas a afastarem-se de suas nações, de seus valores, de seus familiares em busca apenas de condições de sobrevivência.

O tema não se esgota e precisa ainda de uma melhor compreensão do que une os seres humanos enquanto espécie e que nenhum outro valor pode se sobrepor a esta situação. Daí porque talvez seja necessária a ideia de solidariedade (SORTO, 2011, p. 109) como fundamento dos direitos:

É possível dizer que o conceito é elevado por Beviláqua à condição de fundamento da ordem jurídica; Valladão o resgata como Direito humano de cunho social e de significado central na construção do novo Direito internacional; Cançado Trindade o pluraliza e enfatiza como direito humano, que compreende outros direitos já garantidos por instrumentos de Direito internacional dos direitos humanos.

O tema da solidariedade é amplamente estudado no artigo referido. A partir dele podemos concluir que ainda que a solidariedade seja tratada pelas mais diversas maneiras, seja por influência da igreja ou por questões culturais, ainda resta a ela um papel como valor, como uma vocação para o social, sem desconsiderar as pessoas em particular. E é

possível ainda concluir que solidariedade é algo laico, universal e totalizante, ela se refere à pessoa humana como sujeito universal de direitos e obrigações.

Bastaria este ponto acima como conclusão do trabalho, o valor solidariedade⁷, considerado dentro dos termos propostos pelo autor, é suficiente para garantir uma cidadania inclusiva em que o ser humano ontologicamente considerado fosse protegido, mas gostaria de acrescentar a ideia de tolerância como valor também não vinculado à ideia de transcendência.

Tolerância implica a aceitação do outro ser humano, ontologicamente também. A ideia de tolerância, para este trabalho, pode ser colocada como um reforço ou apoio ao valor solidariedade acima referido. Entendo que tolerância é também uma palavra difícil, mas pode implicar enfrentar o contraditório, o diferente, olhar para os meus fantasmas manifestados naqueles que representam o diferente de mim. Tolerar implica a aceitação que os meus valores e os de minha nação são menores que o outro. Nenhuma nação ou estado possui a plenitude. A diversidade permite o crescimento, o diálogo, entender e acolher, solidarizar-se sem paixões, sem adjetivações. Ser igual a mim, pertencer ao meu estado, à minha nação, não é suficiente para incluir todas as diversidades da individualidade humana apontadas por Hannah Arendt na condição humana.

O que se defende é que a ideia de solidariedade junta com a de tolerância pode fazer surgir um fundamento seguro para os direitos e para os estados de direito que se reconhecem como garantidores dos direitos fundamentais. Assim, roga-se por um limite à lei vigente no estado de acolhimento. A lei ali estabelecida é ainda o acordo social e deve ser a garantia da convivência entre todos os seres humanos, independentemente do modo de vínculo que este venha a estabelecer com o poder central.

A tolerância não quer com isso aceitar defender toda e qualquer afirmação contra os imigrantes, não se deve dialogar com quem defende a não aceitação da solidariedade humana. A condição de defesa da tolerância com o diferente culturalmente não admite diferenças ontológicas, não se aceita a caracterização de comportamentos fascistas dentro do modelo de comunidade internacional que defenda uma cidadania como um “pote de direitos que todos os seres humanos carregam consigo” onde quer que se encontrem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

AMENGUAL, Gabriel. **La solidariedad como alternativa: notas sobre el concepto de solidariedad**. Disponível em: < http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-1993-1-EDC02288-AC9D-03F8-48A4-C7CAB120E112/solidaridad_alternativa.pdf > Acesso em: 20 de out. 2016.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

⁷ A solidariedade é muito bem explicada também por Gabriel Amengual no texto *La solidariedad como alternativa: notas sobre el concepto de solidariedad* em que o autor faz uma atualização do conceito de solidariedade diante das concepções de direitos fundamentais. Aporta importantes observações sobre a utilização da solidariedade nas teorias de autores como Durkheim, Habermas, Comte e Marx. Faz ainda uma observação que é útil ao que está defendido aqui: a solidariedade pode ser um instrumento que ajude a superar a ideia de divisão do gênero humano em nação, família etc. e pode provocar a união entre os seres humanos como aqui se propõe diante da situação dos seres humanos refugiados, deslocados. AMENGUAL, Gabriel. **La solidariedad como alternativa: notas sobre el concepto de solidariedad**. Disponível em: < http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-1993-1-EDC02288-AC9D-03F8-48A4-C7CAB120E112/solidaridad_alternativa.pdf > Acesso em: 20 de out. 2016.

- CAMARGO, Raquel Peixoto do Amaral. **A imigração internacional e cidadania: o problema da ausência de cidadania política para os imigrantes.** Disponível em: <http://tede.biblioteca.ufpb.br/bitstream/tede/4374/1/arquivototal.pdf> Acessado em: 17 de abril de 2016.
- CORRAL, Benito Alaéz. **Reflexões jurídico-constitucionales sobre a prohibición del velo islâmico integral em europa.** Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/viewFile/6969/6667> Acesso em: 18 de Abril de 2016.
- DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social.** São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** São Paulo: Atlas, 2008.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- PARLAMENTO EUROPEU. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.** Disponível em: < http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf > Acesso em: 30 de dez. 2016.
- SORTO, Fredys Orlando. O projeto jurídico de cidadania universal: reflexões à luz do direito de liberdade. **Anuario hispano-luso-americano de derecho internacional.** Madrid, vol. 20, p. 103-126, ene./dic. 2011.
- _____. Cidadania e nacionalidade: institutos jurídicos de Direito interno e de Direito internacional. **Verba Juris:** Anuário da Pós-Graduação em Direito. João Pessoa, ano 8, n. 8, p. 41-64, jan./dez. 2009.
- _____. La compleja noción de solidaridad como valor y como derecho. La conducta de Brasil em relación a ciertos Estados menos favorecidos. In: LOSANO, Mario G. (Ed.). *Solidariedad y derechos humanos em tempos de crisis.* Madrid: Dykinson, 2011. p. 97-122 (Cuadernos "Bartolomé de las Casas, 50).
- WALDMAN, Tatiana. **Movimentos migratórios sob a perspectiva do direito à saúde: imigrantes bolivianas em são paulo.** Disponível em: http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/NETP/Revista%20de%20Direito%20Sanit.rio_vol.%2012_n.%201_01.pmd.pdf Acesso: 30 de dez. 2016.